



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 54/11

Verkündet am:
6. November 2012
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Gasversorgung Ahrensburg

KAV § 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 6

- a) Bei der für die Höchstsätze der Konzessionsabgaben bei Gaslieferungen maßgeblichen Abgrenzung von Tarifkunden und Sondervertragskunden nach § 1 Abs. 3, 4 KAV kommt es nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses an.
- b) Die Ausgestaltung des Lieferverhältnisses des Durchleiters zum Kunden ist auch für die Höchstsätze der Konzessionsabgaben, die für Durchleitungen dritter Netznutzer erhoben und dem Netzentgelt hinzugerechnet werden können (§ 2 Abs. 6 KAV), unabhängig davon entscheidend, ob der Netzbetreiber eigenen grundversorgungsberechtigten Gaskunden Sonderkundenverträge anbietet.

GWB § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1; EnWG § 111 Abs. 1

- a) Rechnet ein Gasversorgungsnetzbetreiber, der sich in kommunaler Hand befindet und selbst Letztverbraucher mit Gas versorgt, unzulässig überhöhte Konzessionsabgaben dem Netznutzungsentgelt hinzu, kann darin ein nach § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1 GWB verbotener Behinderungsmissbrauch zum Nachteil anderer Gaslieferanten liegen.
- b) Auf § 32 GWB gestützte Maßnahmen der Kartellbehörden gegen den Betreiber eines Energieversorgungsnetzes, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen der Hinzurechnung von Konzessionsabgaben zum Netznutzungsentgelt zum Gegenstand haben, sind zumindest dann nicht nach § 111 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen, wenn der Netzbetreiber mit der Gemeinde zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ist.

BGH, Beschluss vom 6. November 2012 - KVR 54/11 - OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck sowie die Richter Dr. Raum, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Löffler

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Oktober 2011 wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen des Bundeskartellamts trägt die Betroffene.

Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 70.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Die Betroffene, deren sämtliche Geschäftsanteile von der etwa 31.000 Einwohner zählenden Stadt Ahrensburg gehalten werden, betreibt seit dem 1. Oktober 2006 das örtliche Gasverteilnetz unter Benutzung öffentlicher Verkehrswege. Nach dem mit der Stadt Ahrensburg im Jahr 2003 geschlossenen und im Jahr 2006 angepassten Konzessionsvertrag hat die Betroffene an die Stadt eine Konzessionsabgabe in Höhe der Höchstsätze nach der jeweils geltenden konzessionsabgabenrechtlichen Regelung zu zahlen. § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrags enthält folgende Bestimmung:

„Sofern Letztverbraucher im Wege der Durchleitung von Dritten Gas geliefert erhalten, wird die GAG die Konzessionsabgabe dem Durchleitungsentgelt hinzurechnen, das die GAG mit Dritten als Entgelt für die Netznutzung vereinbaren wird. Die GAG wird für diese Lieferung von Dritten die Konzessionsabgabe an die Stadt in derselben Höhe zahlen, wie für eine unmittelbare Versorgung durch die GAG zu zahlen wäre.“

- 2 Die Betroffene versorgt selbst Kunden mit Gas. Sie ist Grundversorgerin in Ahrensburg, wo ihr Marktanteil bei der Versorgung von Letztverbrauchern mit einer jährlichen Abnahmemenge bis 100.000 kWh im Zeitraum von 2007 bis 2009 etwa 93% betrug. Haushaltskunden bis zu einem jährlichen Verbrauch von 100.000 kWh versorgt sie dort ausschließlich im Wege der Grund- und Ersatzversorgung gemäß einem einzigen, nach Verbrauch gestaffelten Tarif. Für alle Gaskunden mit einer jährlichen Abnahmemenge unterhalb 100.000 kWh kalkulierte sie zunächst eine Konzessionsabgabe in Höhe von 0,61 Cent/kWh bei reinen Kochgaskunden und 0,27 Cent/kWh bei Heizgaskunden. Damit schöpfte sie die Höchstsätze nach der Konzessionsabgabenverordnung für Lieferungen an Tarifkunden aus.
- 3 Für die Belieferung von Letztverbrauchern im Stadtgebiet von Ahrensburg, die durch andere Gaslieferanten erfolgten, erhob die Betroffene neben den Durchleitungsentgelten zunächst Konzessionsabgaben in derselben Höhe wie für Tarifkunden. Auf Abmahnung durch das Bundeskartellamt rechnete sie bei der Belieferung von Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10.000 kWh dem Durchleitungsentgelt nur noch die für die Belieferung von Sondervertragskunden zugelassene Konzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh hinzu. Für die Vergangenheit leistete sie insoweit Rückzahlungen beziehungsweise nahm Gutschriften vor.
- 4 Das Bundeskartellamt hat mit Verfügung vom 16. September 2009 (WuW/E DE-V 1803 ff.) der Betroffenen aufgegeben, für den Zeitraum vom

1. Januar 2007 bis zum 1. Oktober 2013 sämtliche Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher als Lieferungen an Sondervertragskunden einzustufen und dementsprechend höchstens ein Entgelt in Höhe der im Konzessionsvertrag mit der Stadt Ahrensburg jeweils festgelegten Konzessionsabgabe für die Belieferung von Sondervertragskunden hinzuzurechnen, keinesfalls jedoch einen höheren als den nach der Konzessionsabgabenverordnung für Lieferungen an Sondervertragskunden höchsten zulässigen Satz von derzeit 0,03 Cent/kWh. Ferner hat es die Betroffene verpflichtet, die danach zu viel erhobenen Entgelte zurückzuerstatten.

5 Das Bundeskartellamt hat zur Begründung ausgeführt, die Betroffene habe in Ahrensburg auf dem Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von Wegerechten durch Netzbetreiber und im Übrigen auf dem Netzdienstleistungsmarkt eine beherrschende Stellung. Diese missbrauche sie entgegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, indem sie Drittlieferanten beim Zugang zum nachgelagerten Markt der Belieferung nichtleistungsgemessener Endkunden mit Gas durch Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt behindere. Die Betroffene schulde zwar bei der Versorgung ihrer eigenen Haushaltskunden ebenfalls den höheren Satz für die Belieferung von Tarifkunden. Der damit verbundene Gewinnverzicht sei aber wegen der Konzessionseinnahmen für die Gemeinde wirtschaftlich unerheblich. Seine Zuständigkeit hat das Bundeskartellamt aus § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB, hilfsweise aus einer Abgabebestimmung der Landeskartellbehörde abgeleitet.

6 Im Verfahren über die von der Betroffenen und der Stadt Ahrensburg gegen die Verfügung erhobenen Beschwerden hat die Betroffene erstmals gerügt, die Kartellbehörden seien sachlich nicht zuständig. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerden zurückgewiesen (ZNER 2011, 623). Dagegen wendet sich die Betroffene mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

7 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

8 I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

9 Zwar seien für die Fälle des Behinderungsmissbrauchs durch einen Netzbetreiber ausschließlich die Regulierungsbehörden zuständig. Die Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB sei wegen der vorrangigen Regelung in § 30 EnWG nach § 130 Abs. 3 GWB iVm § 111 Abs. 1, 2 EnWG ausgeschlossen. Darauf könne die Beschwerde jedoch gemäß § 55 Abs. 2 GWB mangels rechtzeitiger Rüge der sachlichen Unzuständigkeit nicht gestützt werden.

10 Der Vorwurf des Behinderungsmissbrauchs sei begründet. Es lägen sowohl die Voraussetzungen des (unanwendbaren) § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB als auch des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG vor. Die Betroffene habe ihre - in Bezug auf Netzdienstleistungen marktbeherrschende - Stellung als Netzbetreiberin durch die Erhebung überhöhter Konzessionsabgaben von durchleitenden Dritten missbraucht. Für Lieferungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, könne auch unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 6 KAV nur die Konzessionsabgabe für Lieferungen an Sondervertragskunden erhoben werden. Die Betroffene habe dadurch die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem nachgelagerten örtlichen Markt für die Versorgung von Endkunden mit Gas in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

11 II. Die dagegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben im Ergebnis keinen Erfolg.

12 1. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden für den Erlass der Verfügung, die das Bundeskartellamt auf die Eingriffsbefugnisse gemäß §§ 19, 32 GWB gestützt hat, folgt aus § 48 Abs. 2 GWB. Unerheblich ist, ob eine Zuständigkeit

des Bundeskartellamts nach § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB oder auf Grund der vorsorglichen Abgabe durch die Landeskartellbehörde gemäß § 49 Abs. 3 GWB begründet ist. Abgesehen davon, dass die Betroffene eine Zuständigkeit der Landeskartellbehörde nicht vorab geltend gemacht hat (vgl. § 55 GWB), könnte die Rechtsbeschwerde nach § 76 Abs. 2 Satz 2 GWB auf eine Missachtung der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Kartellbehörden nicht gestützt werden.

13 2. Zu Unrecht geht die Rechtsbeschwerde davon aus, das beanstandete Verhalten sei allein am Maßstab des § 30 EnWG zu messen, so dass die Anwendung der kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse ausscheide. Die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB ist im Streitfall - entgegen der Ansicht auch des Beschwerdegerichts - nicht nach § 111 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen.

14 a) Gemäß § 130 Abs. 3 GWB stehen die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes der Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB nicht entgegen, soweit in § 111 EnWG keine andere Regelung getroffen ist. Nach § 111 Abs. 1 EnWG sind die kartellrechtlichen Vorschriften nicht anzuwenden, soweit durch das Energiewirtschaftsgesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Um solche abschließenden Regelungen handelt es sich nach § 111 Abs. 2 EnWG bei den Bestimmungen des dritten Teils des Energiewirtschaftsgesetzes und den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen. Dieser Anwendungsvorrang dient der Vermeidung sowohl von Überschneidungen materiellrechtlicher Verbote als auch von Doppelzuständigkeiten der Kartell- und Regulierungsbehörden (BT-Drucks. 15/3917, S. 75; vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2012 - EnZR 105/10, WuW/E DE-R 3625 Rn. 18 - Stromnetznutzungsentgelt V). Die Anforderungen an den Netzbetreiber nach den §§ 11 bis 28a EnWG wie auch die Bestimmung des verbotenen Missbrauchs der Stellung als Netzbetreiber und seiner Rechtsfolgen nach den §§ 30 bis 33 EnWG werden allein den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes unterworfen (Scholz in Wiede-

mann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 34 Rn. 105; vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - KZR 43/08, GWF/Recht und Steuern 2009, 47 Rn. 3).

15 b) Nach diesen Grundsätzen ist die Anwendung der §§ 19, 20 GWB und damit der kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse auf den Sachverhalt, den das Bundeskartellamt der Verfügung zu Grunde gelegt hat, nicht ausgeschlossen.

16 aa) § 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG verbietet Betreibern von Energieversorgungsnetzen den Missbrauch ihrer Marktstellung. Ob deshalb grundsätzlich abschließend nach dieser Vorschrift und nicht nach §§ 19, 20 GWB zu beurteilen ist, in welchem Umfang sie verauslagte Konzessionsabgaben dem Netzentgelt hinzurechnen können, ohne dadurch ihre Marktstellung in unzulässiger Weise zu missbrauchen (so etwa Höch/Kalwa, ZNER 2009, 361, 365 ff.; Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2010, 139, 144; aA Lecheler, WuW 2009, 1249, 1252 f., 1257 ff.; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2011, BT-Drucks. 17/7181, S. 189), kann offen bleiben. Denn auf eine Ausnutzung der Marktstellung als Netzbetreiber ist der Gegenstand der angefochtenen Verfügung nicht beschränkt.

17 Die Verfügung beanstandet einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auf dem sachlichen Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von (öffentlichen) Wegen zu Zwecken der Gasversorgung. Die Stadt Ahrensburg, die alleinige Anteilsinhaberin der Betroffenen ist, besitzt auf diesem Markt im Gemeindegebiet ein Monopol. Sie ist bei der Verwertung ihres Wegerechts an die §§ 19, 20 GWB gebunden, die ihr eine ungerechtfertigte Zugangsverweigerung (BGH, Urteil vom 11. November 2008 - KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 Rn. 15 ff. - Neue Trift) wie auch sonstigen Missbrauch, insbesondere die Erhebung missbräuchlich überhöhter Konzessionsabgaben, verbieten (Lecheler, aaO 1252 f.; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 62 f.). § 46 Abs. 5 EnWG stellt

dies klar. Die wirtschaftliche Verwertung des Wegerechts durch die Gemeinde ist nicht Gegenstand der Regelung des Netzzugangs nach §§ 11 ff. EnWG, sondern der Bestimmungen in §§ 46, 48 EnWG, die außerhalb des dritten Teils des Energiewirtschaftsgesetzes stehen. Jedenfalls in Bezug auf diesen Markt bleibt § 19 GWB anwendbar.

18 bb) Die Betroffene ist mit Blick auf die vom Bundeskartellamt untersagte Berechnung von Konzessionsabgaben auch Adressatin des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.

19 (1) Kartellrechtliche Maßnahmen, welche den Missbrauch des kommunalen Wegerechts betreffen, können sich zumindest dann gegen den Netzbetreiber und die Erhebung von Konzessionsabgaben durch diesen richten, wenn er eine wirtschaftliche Einheit mit der Gemeinde bildet. Die Hinzurechnung der Konzessionsabgaben zum Netzentgelt stellt sich in einem solchen Fall als Verwertung des bei der Gemeinde monopolisierten öffentlichen Wegerechts dar, weil die Gemeinde die Konzessionsabgaben - als durchlaufenden Posten - durch den von ihr beherrschten ausschließlichen Konzessionsnehmer und Netzbetreiber einziehen lässt. Eine eigenständige Bedeutung kommt der Stellung des Netzbetreibers, an die § 30 Abs. 1 EnWG anknüpft, bei der gebotenen Gesamtbetrachtung unter diesen Umständen nicht zu. Nach dem Rechtsgedanken der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB, die nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - KZR 21/08, WuW/E DE-R 2739 Rn. 15 mwN - Entega), erstreckt sich die Monopolstellung auf dem Markt für kommunale Wegerechte in einem solchen Fall auch auf den im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB mit der Kommune verbundenen Netzbetreiber.

20 (2) Die Stadt Ahrensburg ist alleinige Inhaberin der Betroffenen, welche in Ahrensburg unter Nutzung des nur ihr eingeräumten Rechts zur Benutzung öffentlicher Wege die Gasnetzdienstleistungen anbietet. Letztere beruft sich für die Hinzurechnung von Konzessionsabgaben auf den Konzessionsvertrag mit der Stadt, an die sie jene Beträge in voller Höhe abführt. Da sie vom Bundeskartellamt in dieser Eigenschaft als verlängerter Arm der Kommune in Anspruch genommen wird, findet der in § 111 Abs. 1, 2 EnWG als Ausnahme konzipierte Ausschluss der §§ 19, 20 GWB keine Anwendung.

21 3. Ohne Rechtsverstoß hat das Beschwerdegericht die angegriffene Verfügung auch im Übrigen für rechtmäßig erachtet. Dabei ist unerheblich, dass das Beschwerdegericht die Prüfung anhand des Maßstabs des § 30 EnWG vorgenommen hat. Zutreffend hat es darauf hingewiesen, dass seine Erwägungen auf § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB in gleicher Weise zutreffen. Nach dieser Vorschrift ist es marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu beeinträchtigen. Dagegen hat die Betroffene verstoßen.

22 a) Die Betroffene rechnet ihren Netznutzungsentgelten Konzessionsabgaben hinzu, die - soweit vom Bundeskartellamt beanstandet - unzulässig überhöht sind.

23 aa) Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, darf für Gasdurchleitungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, nur die im Konzessionsvertrag vereinbarte und nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV beschränkte Konzessionsabgabe für die Belieferung von Sondervertragskunden erhoben und auf den Netznutzer umgelegt werden.

- 24 (1) Die zulässigen Höchstbeträge für Konzessionsabgaben unterscheiden sich gemäß § 2 Abs. 2, 3 KAV je nachdem, ob Tarfkunden oder Sondervertragskunden beliefert werden. Bei der Abgrenzung dieser Kundengruppen stellen die mit dem Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) geschaffenen Regelungen in § 1 Abs. 3, 4 KAV nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses ab.
- 25 (a) Tarfkunden im Sinn der Verordnung sind nach § 1 Abs. 3 KAV Kunden, die auf Grund von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden. Abgesehen von den letztgenannten Übergangsregelungen und den Fällen der Ersatzversorgung (§ 38 EnWG) handelt es sich um Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG), die ein Grundversorger im Rahmen der Grundversorgung (§ 36 EnWG) beliefert. Alle übrigen Kunden sind gemäß § 1 Abs. 4 KAV Sondervertragskunden. Auch dem Grundversorger steht es frei, mit Haushaltskunden Verträge nach § 41 EnWG außerhalb der Grundversorgung zu schließen. Maßgeblich für die Einordnung des Versorgungsvertrags ist, ob das Versorgungsunternehmen die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen - aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers - im Rahmen seiner Versorgungspflicht nach § 36 Abs. 1 EnWG oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 13 ff.; vom 22. Februar 2012 - VIII ZR 34/11, WuW/E DE-R 3569 Rn. 35, jeweils zu § 1 AVBGasV/GasGVV und mwN).
- 26 (b) Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung sind danach im Grundsatz weder kraft Verordnung noch auf Grund einer Vereinbarung im Konzessionsvertrag als Tarfkunden im Sinn des § 1 Abs. 3 KAV zu behandeln (OLG München, Urteil vom 24. Mai 2012 - U 4936/11 Kart, R + S 2013, 1, 2;

Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 157 f.; Büdenbender, RdE 2011, 201, 210 f.; vgl. Lecheler, aaO 1259 Fn. 57; einschränkend Kühne, RdE 2010, 6, 10; aA Tödtmann/Kaluza, ZNER 2011, 412, 413 ff.; Keller-Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, S. 199 ff.).

27 Die Unterscheidung bei den Höchstsätzen für Konzessionsabgaben entstammt zwar der Überlegung, gewerbliche Abnehmer als typische Sondervertragskunden würden mit Elektrizität regelmäßig über Mittelspannungs- und Hochspannungsnetze versorgt, für deren Verlegung öffentliche Verkehrswege weniger in Anspruch genommen würden als für das Niederspannungsnetz, über das Haushaltskunden typischerweise versorgt würden (BR-Drucks. 686/91 S. 16; kritisch Salje, EnWG, § 48 Rn. 53). Ein entsprechender Zusammenhang mag für Gaslieferungen über Hochdruck- oder Niederdruckleitungen bestehen (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 21 f.). Indes war eine Unterscheidung unmittelbar nach dem Abnahmeverhalten schon beim Erlass der Konzessionsabgabenverordnung vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12) nicht gewollt (BR-Drucks. 686/91, S. 16). Dass § 41 EnWG in der Aufzählung des § 1 Abs. 3 KAV nicht genannt ist, ist daher kein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

28 Die Ausnahmebestimmung in § 2 Abs. 7 KAV, wonach Stromlieferungen an Kleinstabnehmer bis zu den dort genannten Leistungs- und Verbrauchsgrenzen unbeschadet des § 1 Abs. 3, 4 KAV konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifikunden gelten, bestätigt dies (Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 158 f.). Sie soll die Auswirkungen der Umwandlung von Tarifikunden in Haushaltssondervertragskunden begrenzen. Auf eine entsprechende Regelung für den Gasbereich, wo insbesondere in der Heizgasversorgung Sonderkundenverträge weit verbreitet waren (Feuerborn/Riechmann, KAV, § 2 Rn. 30 Fn. 43), hat der Ordnungsgeber bewusst verzichtet, um die unterschiedlichen Positionen im Wettbewerb zu den Konkurrenzenergien in den verschiedenen Versorgungsgebieten zu berücksichtigen und das Konzessionsabgabevo-

lumen nicht zu verändern (BR-Drucks. 358/99, S. 5, 7; vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 96 f.). Überlegungen, im Rahmen der zweiten Novellierung des Energiewirtschaftsrechts eine ähnliche Bestimmung für den Gasbereich zu schaffen (BR-Drucks. 248/1/05 (neu), S. 13), sind nicht weiterverfolgt worden.

29 (2) Für Durchleitungen Dritter bestimmt § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV, dass im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt werden können, wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet zu zahlen hat. Sie können nach § 2 Abs. 6 Satz 2 KAV dem Netzentgelt hinzugerechnet werden. Auch insoweit entscheidet die Natur des Lieferungsvertrags über die Vergleichbarkeit des Falls und damit den anzuwendenden Konzessionsabgabensatz.

30 Beliefern Dritte Sondervertragskunden, so ist maßgeblich, welche Konzessionsabgabe der Netzbetreiber nach dem Konzessionsvertrag zu zahlen hat, wenn er selbst Sondervertragskunden beliefert. Dies gilt auch, wenn der Netzbetreiber eventuellen eigenen Energiekunden (derzeit) nur Tarifverträge anbietet (Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 165 f.; Rosin/Semmler/Hermeier, et 2010, Heft 9, S. 88, 90 f.; Kermel, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 10 Rn. 121; Wolf, *VersorgW* 2012, 53, 54; wohl auch Lecheler, aaO 1259 f.; Monopolkommission, aaO Rn. 39). Der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Ansicht, für Durchleitungen ergebe sich aus § 2 Abs. 6 KAV, dass Konzessionsabgaben bis zu dem für die Belieferung von Tarifkunden im Konzessionsvertrag vereinbarten Satz berechnet werden könnten, soweit der Konzessionsnehmer selbst in „energiewirtschaftlich“ vergleichbaren Verbrauchsfällen ausschließlich Tarifverträge anbiete (vgl. OLG Frankfurt a.M., RdE 2009, 256, 257; Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand November 2010, KAV § 2 Abs. 6 Erl. 1; Höch/Kalwa, aaO 364 f.; ähnlich

Kühne, aaO 11 f.; Schmid/Maqua, *VersorgW* 2007, 117, 118 f.; Tittel/Otto, *RdE* 2009, 368, 371 ff.; Meyer-Hetling/Templin, aaO 141; Jacob/Mussaëus, *RdE* 2012, 72 f.), ist das Beschwerdegericht zu Recht nicht gefolgt.

31 (a) Die Vorschrift des § 2 Abs. 6 KAV wurde mit der Ersten Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung vom 22. Juli 1999 (BGBl. I S. 1669) eingefügt, um die Gleichbehandlung der Netznutzer im Konzessionsabgabenrecht zu sichern und die Konzessionsabgaben im Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und anderen Anbietern bei der Belieferung von Letztverbrauchern mit Energie wettbewerbsneutral auszugestalten. Für die Höhe der Konzessionsabgaben im Wettbewerb sollte bei Lieferungen Dritter nicht mehr entscheidend sein, ob Energie im Rahmen eines Tarif- oder Sonderkundenvertrags geliefert wird, sondern welche Konzessionsabgabe entsprechend dem mit der Gemeinde geschlossenen Konzessionsvertrag bei Belieferung durch den bisherigen Lieferanten anfallen würde. Bei Lieferungen anderer Versorger sollte § 2 Abs. 6 KAV ermöglichen, die höhere Konzessionsabgabe für Tarifkunden zu erheben, wenn der Konzessionsvertrag bestimmte, dass das netzbetreibende Versorgungsunternehmen seine Kunden nach Tarifbedingungen versorgt (BR-Drucks. 358/99, S. 3 ff., 6 f.).

32 (b) Nach der zweiten Novellierung des Energiewirtschaftsrechts ist in dessen der Charakter des jeweiligen Liefervertrags auch im Rahmen des Vergleichs nach § 2 Abs. 6 KAV unabhängig von der Gestaltung der Versorgungstarife des Netzbetreibers entscheidend. Diese Auslegung der mehrdeutigen Vorschrift bringt ihren vom Normgeber festgelegten Sinn und Zweck unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung, nachdem die Norm vom Gesetzgeber in einen anderen Regelungszusammenhang gestellt worden ist. Sie ist daher notwendig und auch zulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2002 - X ARZ 208/02, BGHZ 153, 173, 181; BVerfGE 96, 375,

394; 82, 6, 12; 34, 269, 288 f.; BVerfG, NJW 2006, 3409). Dies hat das Beschwerdegericht mit Blick auf die Legaldefinitionen des Tarif- und des Sonderkundenbegriffs in § 1 Abs. 3, 4 KAV, mit denen die Konzessionsabgabenverordnung an die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen angepasst wurde (BT-Drucks. 15/3917, S. 77), zutreffend erkannt.

33 Bei der Einführung von § 2 Abs. 6 KAV ging der Verordnungsgeber davon aus, dass häufig im Konzessionsvertrag mit der Gemeinde entschieden werde, ob die Heizgasversorgung als Tarif- oder als Sondervertragslieferung erfolge (BR-Drucks. 358/99, S. 7). Er wollte verhindern, dass ein an diese Entscheidung gebundenes Energieversorgungsunternehmen gegebenenfalls höhere Konzessionsabgaben hinnehmen muss als seine Wettbewerber. Nach heute geltendem Recht besteht dieses Problem nicht. Die Gemeinde vergibt - spätestens seit der zweiten Novellierung des Energiewirtschaftsrechts - kein Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie mehr. Sie räumt lediglich dem Netzbetreiber ein Recht zur Wegenutzung ein (BT-Drucks. 15/3917, S. 68; Büdenbender, Festschrift Kühne, S. 101, 103; Monopolkommission, aaO Rn. 403), ohne die Ausgestaltung der Lieferbeziehungen bestimmen zu können (vgl. BT-Drucks. 15/4068, S. 7; Lecheler, aaO 1256; Büdenbender, RdE 2011, 201, 211; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 158; s.a. § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG). Ohnehin kann die Gemeinde im Konzessionsvertrag mit dem Netzbetreiber keinen Einfluss auf den nun entflochtenen Energievertrieb (§§ 6 ff. EnWG) nehmen.

34 Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde behält die Vorschrift des § 2 Abs. 6 KAV bei dieser gewandelten Auslegung einen sinnvollen, dem Willen des Normgebers entsprechenden Inhalt. Sie dient weiter der Klarstellung, dass Konzessionsabgaben auch in Bezug auf Durchleitungen Dritter vereinbart werden können. Darüber hinaus beschränkt sie zusätzlich zu § 2 Abs. 2, 3 KAV solche Konzessionsabgaben auf die für eigene Lieferungen des Netzbetreibers vereinbarten Sätze. Sie verwirklicht im neuen rechtlichen Rahmen die Gleich-

behandlung der Netznutzer im Verhältnis zum Konzessionsnehmer und die Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgaben. Dem Grundversorger steht es frei, Haushaltskunden auch Sonderkundenverträge anzubieten und sich bei Kunden, die Belieferung im Wege der Grundversorgung beanspruchen, durch Abwälzung der höheren Konzessionsabgabe schadlos zu halten. Die unterschiedliche Höhe der Konzessionsabgabe benachteiligt ihn daher im Wettbewerb nicht. Würde hingegen § 2 Abs. 6 KAV vertikal integrierten kommunalen Grundversorgern ermöglichen, ohne eigenen Nachteil durch einen Verzicht auf Sonderkundenangebote das Kostenniveau aller Netznutzer anzuheben, liefe dies dem gesetzgeberischen Ziel zuwider, eine preisgünstige Energieversorgung bei wirksamem Wettbewerb zu fördern (§ 1 Abs. 1, 2 EnWG; vgl. Lecheler, aaO 1259 f.).

35 Dass nach alledem das Konzessionsabgabevolumen im Gasbereich sinken könnte, ist nicht entscheidend. Der Gesetzgeber hat dagegen - anders als im Strombereich (vgl. die Anpassung in § 2 Abs. 7 KAV) - keine Vorkehrungen getroffen. Soweit im Gesetzgebungsverfahren betont worden ist, dass das Konzessionsabgabeaufkommen nicht tangiert werden soll, betraf dies einerseits § 2 Abs. 7 KAV (BT-Drucks. 15/3917, S. 96 f.; 15/4068 S. 10) und andererseits den Umstand, dass die Konzessionsabgabe nicht deshalb gekürzt werden kann, weil sie nur Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts und nicht auch - wie noch nach § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG 1998 - für ein Recht zur Versorgung ist (BT-Drucks. 15/3917, S. 68; Klemm, *VersorgW* 2005, 197, 201). Im Übrigen sind die Höchstsätze nicht geändert worden. Die im Wortlaut mehrdeutige Regelung in § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV (weiterhin) im Sinn eines Vergleichs auf Grund der Tarifstruktur des Konzessionsnehmers zu verstehen, ist weder erklärter Wille des Gesetzgebers noch ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Konzessionsentnahmen. Denn nach der Entflechtung der Energiewirtschaft erlegt § 36 Abs. 2 EnWG die Grundversorgungspflicht dem Unternehmen auf, das die

meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Ob es sich dabei um den Netzbetreiber handelt, hängt von den örtlichen Entwicklungen auf dem Markt der Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie ab (vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 66; Kermel, aaO Kap. 1 Rn. 44 f. mwN). Im Fall der Grundversorgung durch einen Dritten führte die von der Rechtsbeschwerde geforderte Auslegung dazu, dass für Lieferungen an Tarifikunden nur die niedrigere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden zu erheben wäre, weil der Netzbetreiber dann nur über solche Kunden verfügen kann. Für den Vergleich nach § 2 Abs. 6 KAV sind gerade nicht die Tarifierungsmaßstäbe des Grundversorgers heranzuziehen (aA Tittel/Otto, aaO 372 f.). Damit würde keine Regelungslücke gefüllt, sondern die insoweit eindeutige Bestimmung durch eine andere ersetzt. Dafür streitet auch nicht das vorrangige Ziel der Vorschrift, die Konzessionsabgaben wettbewerbsneutral zu gestalten.

- 36 bb) Danach durfte die Betroffene Konzessionsabgaben ihren Gasnetzkunden nur bis zu dem für Lieferungen an Sondervertragskunden im Konzessionsvertrag vereinbarten Höchstsatz nach der Konzessionsabgabenverordnung in Rechnung stellen, der nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV 0,03 Cent je Kilowattstunde beträgt. Ihre darüber hinausgehenden Forderungen waren unberechtigt.
- 37 b) Zu Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die beanstandete Abrechnungspraxis die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise beeinträchtigt.
- 38 aa) Die Betroffene beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Gaslieferanten. Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB kann sich aus jeder nachteiligen Beeinflussung der wettbewerblichen Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens ergeben (Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., GWB § 19 Rn. 144), sei es auf demselben oder einem anderen als demjenigen sachlichen Markt, auf dem der Missbrauch er-

folgt (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2004 - KZR 1/03, BGHZ 158, 334, 338 f. mwN - Der Oberhammer). Sie kann etwa darin liegen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang zu seinem Angebot an unzulässige Bedingungen knüpft (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 50/07, juris Rn. 35 - Überlassung von Basisdaten) und dadurch die Wettbewerbsstellung anderer Unternehmen schwächt. Diese Fallkonstellation liegt hier vor. Indem die Betroffene anderen Gaslieferanten unzulässig überhöhte Beträge für Konzessionsabgaben berechnet, begrenzt sie deren Möglichkeiten auf dem nachgelagerten Markt für die Belieferung von Letztverbrauchern mit Gas. Die konkurrierenden Gaslieferanten sind gezwungen, entweder eine Schmälerung der Gewinnspanne hinzunehmen oder diese Kosten auf den Gaspreis umzulegen.

39 bb) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht ausgeführt, dass die Beeinträchtigung für den Wettbewerb auf dem Markt erheblich ist.

40 (1) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dafür genüge, dass ein bestimmtes Verhalten erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führe, ohne dass es auf den Eintritt erheblicher Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur ankomme. Die Differenz zwischen Tarif- und Sonderkundenkonzessionsabgabe sei zur Verdrängung oder Abschreckung von Wettbewerbern geeignet. Für die Betroffene bedeuteten höhere Konzessionsabgaben lediglich, dass diese anstelle eines entsprechenden Gewinns an die Stadt abgeführt würden.

41 (2) Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Zu Unrecht wendet die Rechtsbeschwerde ein, das Beschwerdegericht habe keine spürbaren Auswirkungen auf dem Markt für die Belieferung von Gaskunden festgestellt. Darauf kommt es nicht an. Vielmehr genügt es, wenn der betroffene wettbewerbliche Aktionsparameter zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse objektiv geeignet ist (KG, WuW/E OLG 3124, 3129 - Milchaustauschfuttermittel; Götting in

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., GWB § 19 Rn. 65 mwN). Diese Voraussetzung erfüllt das gegenständliche Verhalten.

42 Das Beschwerdegericht hat - von der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet - festgestellt, dass die Differenz zwischen den Konzessionsabgaben für Tarifkunden und für Sondervertragskunden einen Anteil von einem Sechstel (Gas für Kochen und Warmwasser) beziehungsweise einem Fünfzehntel (Heizgas) der mengengewichteten Gaspreise für Haushaltskunden in den Jahren 2006 bis 2008 nach Abzug unbeeinflussbarer Kosten der Gaslieferanten und damit einen erheblichen Teil der Marge der Gasanbieter ausmachte. Es hat zu Recht die besonderen Umstände des Falls hervorgehoben, die in der vertikalen Integrierung von kommunalem Wegenetz, Gasverteilernetzbetrieb und Gasvertrieb wurzeln. Anders als die Gasvertriebssparte der Betroffenen, die mit der Gläubigerin der Konzessionsabgaben zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ist, müssen deren Wettbewerber die hohe Konzessionsabgabe ohne Kompensation tragen. Danach ist die Annahme, das beanstandete Verhalten beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise, rechtlich nicht zu beanstanden.

43 c) Zur Rechtfertigung kann die Betroffene sich nicht auf § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrags berufen. Diese Vertragsbestimmung ist ebenso offen formuliert wie § 2 Abs. 6 KAV und daher im Einklang mit den normierten Grenzen auszulegen. Im Übrigen könnte die gemeindeeigene Betroffene den Missbrauchsvorwurf nach § 36 Abs. 2 GWB nicht ausräumen, indem sie auf rechtswidrige Konzessionsabreden mit der Gemeinde verwiese.

44

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 GWB.

Meier-Beck

Raum

Kirchhoff

Bacher

Löffler

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 19.10.2011 - VI-3 Kart 1/11 (V) -